

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA MODIFICA EL CRITERIO DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

Jacobo Alejandro González Cortes¹

En reciente sentencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dejó claro que las declaraciones que correspondan a elementos estructurales del tipo objetivo acusado, serán admisibles y nunca podrán ser consideradas pruebas de referencia. De esta manera, abre la puerta a que los testigos de referencia, que se formen un conocimiento personal, puedan ser tenidos como prueba directa por el simple hecho de haber sido concontrinterrogados en el juicio y que sirvan para demostrar, por ejemplo, la amenaza en el constreñimiento ilegal.

Sumario:

I. Introducción II. Hechos de la sentencia III. Consideraciones de la Sala IV. Toma de postura

I. Introducción

La prueba de referencia, que no es otra cosa que toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, ha sido una fuente de información que es

¹ Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, candidato a Magíster en derecho con énfasis en procesal penal de la Universidad Sergio Arboleda. Ha sido ponente en congresos de delitos informáticos y participó en el Primer simposio nacional de delitos informáticos, en el que se abordaron aspectos de técnicas de investigación, entre otros. Ha capacitado, a nivel nacional, a fiscales, miembros del CTI y de la policía judicial. Actualmente, es socio de la firma MPa abogados y se desempeña como director de operaciones por sus amplios conocimientos en el manejo de delitos informáticos y financieros, y en las víctimas en el proceso penal. Ha ocupado diversas posiciones en la firma en más de una década de trabajo constante, lo que le ha permitido tener una completa comprensión de su funcionamiento.

susceptible de valoración por parte de los jueces. Sin embargo, el uso exclusivo de esta prueba, hará que aplique lo que se conoce como tarifa legal negativa², toda vez que existe prohibición expresa en la Ley de condenar a una persona solamente con prueba de referencia.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia SP 4900 de 2018 dentro del radicado 47194 del 14 de noviembre de 2018³, ratificó que toda prueba de referencia será la que haya sido practicada por fuera del juicio oral, es decir, las pruebas que se hayan obtenido sin la existencia de un debate o un debido contradictorio. No obstante, se hizo una modificación en el criterio, teniendo en cuenta que este pronunciamiento abre la posibilidad de que los testigos que declaren en el juicio oral, que no hayan percibido de manera directa la comisión del hecho punible, puedan ser considerados “testigos directos”, desde que tuvieran la posibilidad de construirse un conocimiento personal a través de los sentidos.

De lo anterior, cabe preguntarse si las declaraciones en el marco de un juicio oral, que versan sobre hechos que guardan estrecha relación con la acusación y que no hayan sido conocidos por fuente directa, pueden considerarse prueba de cargo o deben ser analizadas como de conocimiento directo. Al respecto, se puede plantear el siguiente interrogante: si una prueba que es de referencia es practicada con la debida contradicción (debatida por las partes), ¿deja de ser de referencia para constituirse en prueba directa por el mero hecho de haberse garantizado el contradictorio?

II. Hechos de la sentencia

En Sentencia SP 4900⁴ del 14 de noviembre de 2018, emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se evaluaron hechos relacionados con las acciones de un exfuncionario de la fiscalía que se desempeñaba como asistente de Fiscal III y que citó, en su lugar de residencia, a un procesado que tenía una indagación en el despacho donde laboraba el asistente. El objetivo de la reunión era hacerle unas

² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto interlocutorio nro. 40591. (31, julio, 2013). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP 4900. Expediente 47194. (14, noviembre, 2018). M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero. En: Boletín Jurisprudencial-Sala de Casación Penal. p. 3.

⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP 4900. Rad. 47194. (14, noviembre, 2018). M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero.

exigencias económicas al sindicado a cambio de un beneficio procesal. El procesado asistió a la reunión y grabó al asistente haciéndole la exigencia económica.

En el juicio oral, la grabación no pudo ser oída, ya que los elementos desaparecieron del almacén de evidencias y la víctima no se presentó a declarar. No obstante, por parte de la fiscalía, se convocó a juicio a los testigos que conocieron el contenido de la grabación quienes narraron el hecho de la concusión. Además, se tomó la declaración de la fonoaudióloga que analizó la grabación y expuso las actividades técnicas que desarrolló para establecer la identificación de la voz del acusado. En primera instancia, el exfuncionario de la fiscalía fue absuelto; en segunda instancia, revocaron la absolución.

III. Consideraciones de la Sala

La Corte desarrolló su decisión en 5 aspectos, a saber:

(i) No se trata de un debate de prueba de referencia, porque se permitió la debida contradicción por parte de la defensa en el juicio oral. El error del impugnante es evidente, ya que no tuvo en cuenta que los testimonios, en el marco del juicio oral, fueron objeto de contradicción. Lo anterior, desestima de plano lo que tiene que ver con la prueba de referencia que, por su característica fundamental de no ser realizada en el marco del juicio oral, afecta el principio de contradicción, como puede suceder en los casos del testigo no disponible o de las declaraciones anteriores.

(ii) Se trata de manifestaciones, no declarativas, que corresponden a un elemento estructural del delito objeto de acusación. La Corte admite que el contenido de las declaraciones puede constituir el objeto de prueba cuando corresponde a elementos estructurales del delito. Por lo tanto, estas declaraciones se constituyen en un conocimiento personal directo conforme a las reglas del Art. 402 de CPP⁵; *verbi gratia*, en este caso, las personas que declararon conocieron de manera directa la grabación y se formaron un conocimiento personal. Según la Corte, estas personas escucharon e identificaron quién estaba realizando el acto de concusión y la voz de la víctima, razón suficiente para considerarlos testigos directos y no como prueba de referencia.

⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 46153. (30, septiembre, 2015). M.P.: PATRICIA SALAZAR CUELLAR. En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

(iii) La fiscalía estaba habilitada para presentar otras pruebas que afirmaran la existencia y el contenido de la grabación. Es claro que nuestro sistema contempla el *principio de libertad probatoria* y, por esto, un hecho se puede demostrar de distintas formas. En este caso, la fiscalía lo hizo con la citación a terceros para que testificaran que habían escuchado la grabación y que podían acreditar el hecho delictivo.

(iv) La fiscalía presentó prueba directa de la existencia y el contenido de la grabación. Todos aquellos que, en su momento, escucharon la grabación, incluso la fonoaudióloga que la analizó, dieron fe de su existencia, razón por la cual se llevó al tribunal el conocimiento de que, en efecto, la situación típica existió.

(v) Para el caso concreto, las manifestaciones hechas en el juicio oral no tienen el carácter de prueba de referencia, por lo que resulta artificiosa la discusión en torno a la prohibición prevista en el Artículo 381 del CPP. La Corte indica que la estructura de valoración probatoria y su metodología deben estar acorde con las garantías constitucionales. Ante esto, nuestro procedimiento penal tiene unas reglas claras contempladas en la Ley 906 de 2004 para efectos de analizar las pruebas que se practican en el juicio. De esta manera, el objeto de disenso no se compadece con esta regla de tarifa legal negativa, ya que, en consideración de la Corte, este debate no es propio de las complicaciones que trae consigo la prueba de referencia.

Por lo tanto, el casacionista no tuvo en cuenta el Artículo 437 de CPP que explica que, por prueba de referencia, debe entenderse toda declaración **que fue rendida por fuera del juicio oral** y que es presentada como medio de prueba de un aspecto relevante del debate cuando no es posible su práctica en ese escenario⁶.

En ese sentido, lo que evidencia la Corte es que se debe determinar si hubo o no confrontación de la prueba para establecer si existe o no prueba de referencia. Para el caso concreto, las personas que declararon en el juicio oral fueron contrainterrogadas y ese aspecto suprimió, en esencia, lo relacionado con la prueba de referencia, atendiendo a lo normado en el Art. 437 del CPP.

⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 46153. (30, septiembre, 2015). M.P.: PATRICIA SALAZAR CUELLAR. En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

Igualmente, la Corte descarta que los testigos hayan declarado por lo que otro les contó, lo que podría abrir un debate real de prueba de referencia. Por el contrario, ellos conocieron la grabación de manera directa y, teniendo en cuenta esta situación, la fiscalía los citó a declarar respecto de lo que conocieron directamente al escuchar y analizar la grabación.

IV. Toma de postura

La Ley⁷ y la jurisprudencia⁸ han definido lo que debe entenderse por prueba de referencia, cuya característica principal es que se trate de toda declaración que haya sido tomada por fuera del juicio oral como entrevistas, interrogatorios a indiciado y declaraciones juramentadas. Estas pruebas pueden ser utilizadas para mostrar uno o varios elementos del delito y el grado de intervención, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate cuando no sea posible su práctica en el juicio.

Además, su uso ha sido bien definido en el Artículo 438 de la Ley 906 de 2004 al otorgarle un carácter excepcional⁹ y bajo la discrecionalidad del juez de conocimiento, quien podrá, en la búsqueda de la verdad material, permitir su utilización a falta del testigo o de la prueba directa del hecho.

Lo anterior, implica una vulneración del derecho de contradicción, intermediación y de defensa, al no permitir la oportunidad de conainterrogar al testigo que declara por la falta de su comparecencia.

En razón a estas premisas, consideramos que, para este caso, hubo un análisis incompleto por parte de la Corte, dado que el fundamento principal en el que amparó su decisión fue el hecho de que los testimonios habían sido debatidos en el juicio oral, sin tener en cuenta un aspecto que era de mayor relevancia: el testigo principal del hecho nunca declaró. En otras palabras, la persona que fue víctima de

⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (31, agosto, 2004), Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario oficial. Bogotá, No. 45.657 art. 437

⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 27477. (6, marzo, 2008). M.P.: AUGUSTO JOSÉ IBÁÑEZ GUZMÁN. En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. y COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 46153. (30, septiembre, 2015). M.P.: PATRICIA SALAZAR CUELLAR. En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 44564. (5, diciembre, 2018). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

la concusión no dio su declaración en el marco del proceso penal, lo que llevó a que se utilizaran unos testimonios que, en efecto, fueron debatidos, pero que nunca presenciaron directamente el hecho. Por lo tanto, respecto del conocimiento que estos testigos adquirieron, no se puede afirmar que lo fue de esa manera respecto de lo que un tercero vivió, sintió e incluso, sufrió, en razón a que no presenciaron el acto delictivo.

Un ejemplo sería cuando un policía judicial declara lo que otro le contó en relación con un hecho punible en el marco de un juicio oral. Valdría la pena decir que el policía, quien recibió el testimonio, se formó un criterio a través de sus sentidos y, por tanto, ¿puede ser considerado un testigo con conocimiento personal en el marco de un juicio oral?

La situación anterior, lleva a observar lo normado en el Artículo 402 de la Ley 906 de 2004 que indica lo siguiente:

Artículo 402. *Conocimiento personal.* El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo.

La descripción fáctica de este caso indica que existió una grabación en la que se escuchaban las voces de unas personas que coincidían con quien fue la supuesta víctima y el victimario, pero que, en realidad, el juez nunca conoció y el tribunal tampoco escuchó. De hecho, los únicos que podían probar la existencia de la grabación fueron testigos que, en su momento, escucharon el contenido; es decir, sobre la grabación no se pudo ejercer un debido contradictorio. Entre tanto, la actividad pericial de la fonoaudióloga se fincó única y exclusivamente en la grabación que se extravió, es decir, es difícil dar validez de la grabación y del supuesto de hecho con personas que no conocieron ni presenciaron la acción delictiva.

Lo anterior, nos lleva a pensar que, si estas personas declararon sobre una grabación que hizo un tercero en la que aparentemente se escuchaba la voz del funcionario público que supuestamente hacía una

exigencia económica, podrían, en efecto, ser testigos de oídas o de referencia como se ha conocido en algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia¹⁰.

Ante la falta de evidencia de la existencia de la grabación y de su contenido, consideramos que pudo haberse generado un error por parte de la Corte al omitir la importancia que tiene la excepcionalidad de aplicación de una prueba de referencia. Con esto, se abre la puerta para que los testigos de oídas o de referencia, que sean escuchados en un juicio oral, puedan ser fuente directa para la construcción de una condena penal, en contravía con la prohibición legal que trae nuestro Código de Procedimiento Penal en su Artículo 438.¹¹

Bibliografía

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 47194. (14, noviembre, 2018). M.P.: LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO. En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 46153. (30, septiembre, 2015). M.P.: PATRICIA SALAZAR CUELLAR. En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 27477. (6, marzo, 2008). M.P.: AUGUSTO JOSÉ IBÁÑEZ GUZMÁN. En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto interlocutorio nro. 33118. (14, marzo, 2011). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

¹⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto interlocutorio nro. 33118. (14, marzo, 2011) En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto interlocutorio nro. 44867. (25, mayo, 2015) En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 38773 (27, febrero, 2013) En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

¹¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto interlocutorio nro. 43173. (25, febrero, 2015). Sentencia nro. 41.390. (20, agosto, 2014), En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto interlocutorio nro. 40591. (31, julio, 2013). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto interlocutorio nro. 44867. (25, mayo, 2015). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto interlocutorio nro. 43173. (25, febrero, 2015). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 41.390. (20, agosto, 2014). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 38773 (27, febrero, 2013). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia nro. 44564. (5, diciembre, 2018). En: Relatoría Sala de Casación Penal. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

PARRA ARCHILA, María Victoria. La prueba de referencia en la Ley 906 de 2004. [En línea] En: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Memorias. Bogotá D.C.: 2013. [Consultado 17 enero 2019]. Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/23maria-victoria-parra-a.pdf>